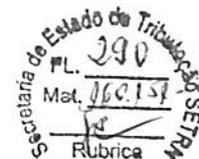




**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



**CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
PUBLICADO NO D.O.E. DE**

18/10/2016

PROCOLO Nº
PAT Nº
RECURSO
RECORRENTE
RECORRIDO
RELATOR

35367/2015-5
2381/2014 – 1ª URT - SUFISE
EX OFFICIO
SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
DISTRIBUIDORA DOS PRODUTOS KERO KERO LTDA.
CONSELHEIRO JOÃO FLÁVIO DOS SANTOS MEDEIROS

ACÓRDÃO Nº 0218/2016- CRF

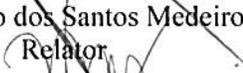
EMENTA. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. DENUNCIA PARCIALMENTE PROCEDENTE. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. ARQUIVO EFD. PRESUNÇÃO. DENUNCIAS IMPROCEDENTES.

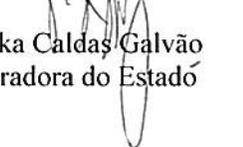
1. A autuada não apresentou qualquer tipo de argumento ou prova plausível para elidir o cometimento das infrações de falta de recolhimento de ICMS.
2. Com relação a infração decorrente da falta de escrituração, relativa a EFD, neste caso, não se configura falta de escrituração de livros fiscais, vez que comprovadamente as operações estavam escrituradas e informadas nas Guias Informativas Mensais do ICMS, inclusive este egrégio Conselho já se pronunciou sobre o tema, através dos Acórdãos 86 e 160/2016- CRF, que a presunção descrita no art. 623-C, parágrafo único do Regulamento do ICMS, não pode equiparar-se a falta de escrituração, prevista no art. 150, inciso XIII, do RICMS, com a aplicação da penalidade prevista no art. 64, inciso III, alínea “f”, da Lei estadual do ICMS nº 6.968, de 30 de dezembro de 1996.
3. Recurso *ex officio* conhecido e improvido. Reforma parcial da decisão singular. Auto de infração procedente em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos e em harmonia parcial com o parecer oral da representante da Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar provimento ao recurso o *ex officio*, reformando parcialmente a Decisão Singular e julgando o auto de infração procedente em parte.

Sala Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal-RN, 11 de outubro de 2016.


Lucimar Bezerra Dubeux Dantas
Presidente


João Flávio dos Santos Medeiros
Relator


Vaneska Caldas Galvão
Procuradora do Estado

RELATÓRIO

Trata-se de recurso *ex officio* contra a decisão da Coordenadoria de Julgamento de Processos (COJUP) que julgou procedente em parte o Auto de Infração nº 2381/2014, de 25/02/15 (fl. 02), lavrado contra a empresa acima discriminada, em cumprimento à Ordem de Serviço nº 29813-1ª URT de 28/04/14 (fl. 04) denunciando as seguintes ocorrências:

1) Falta de recolhimento de ICMS, constatado pelas saídas não escrituradas de mercadorias sujeitas a tributação normal em operações efetuadas através de ECF, infringindo o disposto no art. 150, III, XIII, XIX e 609, e penalidade prevista no artigo 340, III, "c", c/c art. 133, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97;

2) Falta de registro de notas fiscais de saída na Escrituração Fiscal Digital, com infringência ao art. 150, III, XIII, c/c os arts. 609, 614, 623-B e 623-C, e penalidade prevista no artigo 340, III, "f", todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97;

3) Falta de registro de notas fiscais de entrada na Escrituração Fiscal Digital, com infringência ao art. 150, III, XIII, c/c os arts. 609, 613, 623-B e 623-C, e penalidade prevista no artigo 340, III, "f", todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97;

4) Falta de recolhimento de ICMS, constatado pelas mercadorias sujeitas a tributação normal que compuseram o seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, conforme art. 2º, §1º, III, e antecipação prevista no art. 945, III, "i", infringindo o disposto no art. 150, III, 419, VI, e penalidade prevista no artigo 340, I, "c", c/c art. 133, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97;

As infringências resultam em ICMS de R\$ 274.548,82, multa de R\$ 1.098,778,03, totalizando R\$ 1.364.326,85, além dos acréscimos legais cabíveis.

Os autos anexos à inicial, contem Ordem de serviço, extrato fiscal, demonstrativos, relatório circunstanciado de fiscalização, CD, etc., (fls. 4 a 39); Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais dando conta que a Recorrente não é reincidente (fl. 41);

Impugnação, recebida em 16/03/2015, fl. 43 e ss, pede a nulidade da autuação aduzindo decadência dos créditos do período compreendido entre janeiro de 2009 a janeiro de 2010, conforme art. 150, §4º do Código Tributário Nacional; a aplicação da multa se deu de forma confiscatória. Afirma que não há demonstração da falta de recolhimento entre os valores pagos, lançados ou apurados por parte do fisco, prejudicando o contraditório, afirmando que o SPED, por si só, é absolutamente insuficiente para determinar a matéria tributária e o sujeito passivo da relação tributária. A dissertação do relatório conclusivo do fisco é vaga e inconsistente, indicando cerceamento de defesa.

Em pronunciamento sobre a impugnação, fls. 247 e ss., os autuantes explicam como se procedeu a autuação, especificamente na fl.249; também informam que não houve lançamento de fato gerador no período entre 1/1/2009 a 31/1/2010; tecem comentários sobre multa confiscatória, e ao final, pedem a procedência total do feito.

Às fls. 256 e ss, o julgador monocrático da Coordenadoria de Julgamento de Processos – COJUP determina o retorno do processo a repartição de origem para retificação uma vez que detectou notas fiscais destinadas a outro contribuinte presentes na autuação. O fato foi comprovado pelo autuantes que providenciaram novo demonstrativo da Ocorrência 3, fls 257/258, dando conhecimento ao contribuinte, ao qual concorda com a retificação da autuação, fls. 264 e ss. Tal ocorrência teve seu valor reduzido para R\$ 398.081,93.

Decisão nº 219/2015 – COJUP, datada de 06/07/2015, fls. 267 e ss., julga o auto procedente em parte, evidenciado que, em relação a decadência cogitada pelo contribuinte, o que houve foi um equívoco dos autuantes apenas no demonstrativo geral de fls. 17, quando citaram como período inicial o dia 1º de janeiro de 2009. Observando-se a discriminação individual das ocorrências, a partir das fls. 20 e ss., percebe-se que tal período não se encontra

na autuação. A procedência parcial se deu em relação a alteração feita pelos autuantes na Ocorrência 3.

Apesar de regularmente intimado, o contribuinte não apresentou recurso. Termo de Perempção às fls. 284.

O DESPACHO da ilustre Procuradora da Doutra Procuradoria Geral do Estado, fl. 286, é no sentido de informar que oferecerá parecer oral quando da Sessão de Julgamento no E. CRF, conforme prerrogativa do art. 3º da Lei Estadual nº 4.136/72.

É o que importa relatar.

VOTO

Inicialmente não restam quaisquer dúvidas quanto a procedência das ocorrências 1 e 4, falta de recolhimento de ICMS, constatada pelas saídas não escrituradas de mercadorias sujeitas a tributação normal em operações efetuadas através de ECF e falta de recolhimento de ICMS, constatada pelas mercadorias sujeitas a tributação normal que compuseram o seu estoque final, respectivamente.

Com relação as ocorrências 2 e 3, abaixo reproduzidas, este Conselho já tem se pronunciado sobre o tema, especialmente nos **Acórdãos 86 e 160/16**:

Ocorrência 2: Falta de registro de notas fiscais de saída na Escrituração Fiscal Digital, com infringência ao art. 150, III, XIII, c/c os arts. 609, 614, 623-B e **623-C**, e penalidade prevista no artigo 340, III, "f", todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97;

Ocorrência 3: Falta de registro de notas fiscais de entrada na Escrituração Fiscal Digital, com infringência ao art. 150, III, XIII, c/c os arts. 609, 613, 623-B e **623-C**, e penalidade prevista no artigo 340, III, "f", todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97;

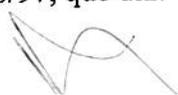
Diz o autuante em seu relatório circunstanciado, fls. 36 e ss., item 3, com relação às ocorrências 2 e 3:

"O contribuinte deixou de registrar notas fiscais de saídas na Escrituração Fiscal digital, em operações informadas na Guia Informativa Mensal (GIM) e no banco de dados da NFE, assim detectadas e provadas através do exame e conciliação com seus respectivos livros fiscais com aquela documentação correlata para o período fiscalizado";

"O contribuinte deixou de registrar notas fiscais de entradas na Escrituração Fiscal digital, em operações informadas na Guia Informativa Mensal (GIM) e no banco de dados da NFE, assim detectadas e provadas através do exame e conciliação com seus respectivos livros fiscais com aquela documentação correlata para o período fiscalizado". Grifos nossos.

Ora, conforme se verifica pela própria afirmação do auditor, as notas fiscais estariam devidamente registradas nos seus livros correspondentes e também informadas na GIM, porém não na EFD. Em sendo assim, não subsiste a penalidade pela falta de escrituração.

As ditas ocorrências foram fundadas nas informações prestadas na Guia de Informação Mensal - GIM, com base no art. 623-C, parágrafo único, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, que diz:



Art. 623-C. Fica vedada ao contribuinte obrigado à EFD a escrituração dos livros mencionados no § 3º do art. 623-B em discordância com o disposto nesta Seção (Ajuste SINIEF 02/09). (NR dada pelo Decreto 21.126, de 29/04/2009)

Parágrafo único. A ocorrência da hipótese vedada no caput equiparar-se-á à falta de escrituração dos livros fiscais relacionados no § 3º do art. 623-B, assim como dos documentos fiscais que lhes deram origem, sujeitando o contribuinte infrator à sanção tipificada na alínea “f”, do inciso III, do art. 340 deste Regulamento (Ajuste SINIEF 02/09). (NR dada pelo Decreto 21.126, de 29/04/2009)

Pois bem, numa análise na Lei nº 6968/96, que dispõe o ICMS no Estado do Rio Grande do Norte, é possível constatar que a presunção descrita no Regulamento do ICMS, não foi afirmada pelo legislador estadual, portanto, sem previsão expressa da lei, não há como se equiparar a falta de escrituração ao fato do contribuinte não ter informado o arquivo EFD.

Sobre o assunto assim se posiciona, Florencer Cronemberger Haret, em sua tese para obtenção do grau de Doutora, apresentada ao curso de pós graduação na Universidade de São Paulo, USP, Presunções no Direito Tributário, Teoria e Prática, em 2010:

Equiparação é termo frequente em todos os subdomínios do direito. Em regra, ao equiparar, o legislador tem por objetivo, solucionar questões práticas em situações que se demonstrem ameaçadoras à eficácia normativa. Assim, com base em semelhanças entre ocorrências, subsume-se um fato em hipótese normativa de outro, atribuindo-se efeito deste àquele. É o que Maria Helena Diniz quis dizer ao definir o *equiparado* como “o que possui as mesmas, prerrogativas, direitos e vantagens e do outro” (120). Ao equiparar, fatos ou sujeitos ganham idêntico valor jurídico de outros fatos ou outros sujeitos, fazendo-se, com isso, enquadrar em hipótese a que normalmente não pertenceria. (...). Dessa forma, equiparação é normal de direito material que atua no enunciado antecedente, permitindo ao exegeta associar fatos distintos, mas que, a despeito das diferenças, guardam entre si, similaridades.

As infrações objetivas, como vimos, são aquelas que caracterizam em seu antecedente hipotético de fato que, entre seus critérios, não se inclui dolo ou culpa. Logo, a hipótese infração objetiva, delimita o resultado de conduta infratora, qualquer que seja a intenção do agente. (...) É por essa razão, que presunções do tipo *hominis* ou factuais, (...), são vedadas no campo das ilicitudes tributárias. Ademais, como decorrência do inciso supracitado [XXXIX, art.5º, CF], cumpre dizer, no mesmo sentido, que é proibido ao legislador interpretar analógica ou extensivamente, o fato ilícito alegado para fins de imposição de multas ou outras penalidades tributárias.

Agrave-se que o autuante apenas listou as chaves das possíveis notas fiscais não escrituradas na EFD, mas não provou a sua não escrituração na EFD.

Do exposto, relatados e discutidos estes autos, VOTO, em harmonia com o parecer da Ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar o recurso *ex officio*, reformando parcialmente a decisão singular e julgando o auto de infração procedente em parte.

Sala C. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal-RN, 11 de outubro de 2016.

João Flávio Santos Medeiros
Relator